



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

**MARCEL RÉGIS VALENTE DA
SILVA**

**COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO: ANÁLISE
DE SUA CONSTITUCIONALIDADE**

BRASÍLIA

2015

**MARCEL RÉGIS VALENTE DA
SILVA**

**COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO: ANÁLISE DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

**Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.**

Orientador: Prof. Dr. César Binder.

BRASÍLIA

2015

**MARCEL RÉGIS VALENTE DA
SILVA**

**COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO: ANÁLISE DE SUA
CONSTITUCIONALIDADE**

**Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.**

Orientador: Prof. Dr. César Binder.

**Brasília, 31 de março de
2015.**

**Banca
Examinadora**

Orientador: Prof. Dr. César Binder

**Examinador:
Prof.**

**Examinador:
Prof.**

Dedico este trabalho à Letícia, à Camila, à
Wilza e ao Carlos.

Agradeço à minha família, aos meus amigos e a todos que me auxiliaram durante o período da graduação e também me inspiraram para a feitura da monografia.

A majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar pão.

Anatole France

RESUMO

Este estudo analisa a constitucionalidade do sistema de reserva de cotas raciais no concurso público de acordo com o ordenamento jurídico hoje vigente, ou seja, serão trazidos não somente questões constitucionais, mas também alguns pontos de normas infraconstitucionais para demonstrar que não somente a Constituição Federal de 1988 dá suporte às cotas raciais, mas também todo o ordenamento jurídico brasileiro. Sendo, para tanto, analisados o princípio da igualdade em relação à sua evolução no Brasil e suas concepções antiga e moderna no mundo, as ações afirmativas quanto ao seu conceito, origem e seus fundamentos constitucionais, a situação dos negros atualmente no Brasil por meio de estatísticas e, por fim, os motivos que dão suporte às cotas raciais em concurso público e uma análise sobre o mérito como forma de ingresso no serviço para explicar porque tratar toda a população de maneira absolutamente igual é injusto.

Palavras-chave: Cotas – Cotas Raciais – Ensino Superior – Concurso Público – Igualdade – Negros – Isonomia.

ABSTRACT

This study does an analysis about the constitutionality of racial quotas in State exams, in accordance with the current legislation, in other words, will not only be brought constitutional issues, but also some points of infra-constitutional norms to demonstrate that not only the Federal Constitution of 1988 supports the racial quotas, but also all the Brazilian legal system. Being, therefore, analyzed the principle of equality about yours development in Brazil and your ancient and modern conceptions around the world, affirmative action regarding its concept, origin and constitutional foundations, the situation of blacks currently in Brazil through statistics and, finally, the reasons that support racial quotas in public exams and an analysis of the merits as a way to enter in the public service for explain why treat the entire population absolutely equal is unfair.

Keywords: Black – Equality – Higher Education – Quota – Isonomy – State Exam.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DAS AÇÕES AFIRMATIVAS.....	12
1.1 Conceito e origem	12
1.2 Ações afirmativas e a constituição de 1988	18
2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	26
2.1 Concepção antiga e concepção moderna	26
2.2 Evolução do princípio da igualdade no Brasil	31
2.3 Igualdade material no serviço público.....	35
2.4 Desigualdade racial em números.....	38
3 RESERVA DE COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO.....	45
3.1 Motivos.....	45
3.2 O mérito como forma de ingresso no serviço público	50
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Este estudo tem por finalidade analisar a questão das ações afirmativas, especialmente o sistema de cotas raciais em cargos públicos que, apesar da polêmica que sempre o envolve, já foi implantado no âmbito do Poder Executivo Federal com uma forte tendência a seu favor em outras áreas, inclusive nos Poderes Legislativo e Judiciário, apesar de publicações da imprensa, em meados de agosto de 2014, levarem todos a entender que o Supremo Tribunal Federal tivesse negado a extensão das cotas raciais aos demais Poderes da República. No entanto, a negação somente foi motivada pelo uso de via judicial (mandado de segurança) utilizada inadequadamente para o contexto. Desta forma, os ministros, com prudência e adequadamente, entenderam o mandado de segurança como via imprópria para postular cotas raciais em concurso público também nos outros poderes.

Esta ação afirmativa visa diminuir a desigualdade racial e todas as suas consequências sociais relacionadas ao serviço público do Brasil, já que apenas 30% dos servidores são negros e pardos, enquanto, pelos dados do IBGE, em pesquisa formulada em 2010, a população negra e parda corresponde a 50,74% dos brasileiros.

Pretende-se mostrar, com esta monografia, o surgimento, as razões, um pouco da prática e principalmente as consequências das cotas raciais, além da viabilidade jurídica desse sistema, de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

No primeiro capítulo, será feito um estudo sobre a evolução do conceito de ações afirmativas e serão demonstradas diversas experiências internacionais. Posteriormente, será apresentada a ação afirmativa, não como algo novo, recentemente inventado pelos juristas, mas como um instituto que já existe há longa data no Brasil. E, por fim, serão expostos os dispositivos constitucionais que sustentam juridicamente as ações afirmativas.

No segundo capítulo, será realizado um estudo sobre o princípio da igualdade e serão analisadas as diferenças existentes entre a concepção antiga (igualdade formal) e a concepção moderna (igualdade material).

O terceiro capítulo analisará a situação dos negros no Brasil e mostrará alguns infográficos com dados tanto dos negros quanto dos brancos, para explicar estatisticamente que o tratamento de todos os brasileiros de maneira totalmente igual é injusto, já que a realidade dos brasileiros muda bastante. Serão expostos dados relacionados à educação, distribuição de renda e constará, também, a tabela usada pelo governo para justificar a própria lei de cotas raciais em concurso público, que traz quantos brasileiros são pardos, negros, brancos, amarelos e indígenas.

No quarto e último capítulo, o tema central é a reserva de cotas raciais em concurso público e, como subtópicos, há a exposição dos motivos, ou seja, porque se fazem necessárias as cotas raciais em concurso público e há, também, a questão do mérito como forma de ingresso no serviço público, que, muitas vezes, é o ponto central das discussões em relação às cotas raciais, mas este estudo demonstra que, quando alguns conceitos são tratados antes, a questão se torna bem mais simples.

1 DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

1.1 Conceito e origem

Pode-se afirmar que ações afirmativas consistem em medidas que se divergem da noção de neutralidade estatal, que defende a não intervenção em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Baseiam-se na ideia de que a reversão de alguns quadros sociais só será viável se o Estado renunciar à sua histórica neutralidade em questões sociais e começar a assumir uma postura ativa. Em relação a essa neutralidade por parte do Estado, Joaquim B. Barbosa Gomes explica:

Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduziu na crença de que a mera introdução nas respectivas Constituições de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei de todos os grupos étnicos componentes da Nação seria suficiente para garantir a existência de sociedade harmônicas, onde seriam assegurados a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo.¹

Cármén Lúcia Antunes Rocha leciona que as ações afirmativas refletem uma mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático pós-guerra, que teriam se conscientizado da necessidade de uma transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais, por perceberem que não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas, era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Identificando as ações afirmativas como a mais avançada tentativa de concretização do princípio jurídico da igualdade, ela afirma que:

A definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva: por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. ***Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)***. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 36.

formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A ação afirmativa é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias².

Portanto, as ações afirmativas têm por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar e são adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as peculiaridades pertinentes a cada país, e foram concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América.

Nos anos 60, os norte-americanos viviam um momento de reivindicações democráticas internas, expressas principalmente no movimento pelos direitos civis, cuja bandeira central era a extensão da igualdade de oportunidades a todos. No período, começaram a ser eliminadas as leis segregacionistas vigentes no país, e o movimento negro surge como umas das principais forças atuantes, com lideranças de projeção nacional, apoiado por liberais e progressistas brancos unidos numa ampla defesa de direitos.

Porém — mesmo com medidas estipuladas em 1964 para o setor privado como proibição de discriminação ou segregação em lugares públicos, não discriminação de recursos em programas monitorados pelo governo federal e a proibição de qualquer discriminação no mercado de trabalho pela empresa que tivesse pelo menos quinze funcionários³ — poucos resultados foram efetivamente alcançados, o que levou o Presidente Johnson a adotar medidas mais agressivas no combate à discriminação, como se pode perceber claramente em seu notável discurso na Howard University em junho de 1965: “Você não pega uma pessoa que durante anos esteve acorrentada, e a libera, e a coloca na linha de partida de uma corrida e diz, 'Você está livre para competir com todos os outros', e ainda acredita, legitimamente, que você foi totalmente justo. Assim, não é suficiente apenas abrir os portões da oportunidade, todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar esses portões”⁴.

2 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa — O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público nº 15/85.

3 MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 90.

4 Urofsky, Melvin I. **Affirmative action on trial: Sex discrimination in Johnson v. Santa Clara**. University Press of Kansas, 1997. p. 17.

Contexto em que é desenvolvida a ideia de uma ação afirmativa, exigindo que o Estado, além de garantir leis antissegregacionistas, viesse também a assumir uma postura ativa para melhorar as condições da população negra.

Tais ações também inspiraram vários legisladores ao redor do mundo que, como este exemplo dos Estados Unidos da América, perceberam que havia minorias em seus países cuja inserção seria essencial para que o povo fosse identificado e, assim, serem parte da sociedade com direitos de fato, como bem explica Kofi Annan, Secretário Geral da ONU:

[...] Em todo o mundo, minorias étnicas continuam a ser desproporcionalmente pobres, desproporcionalmente afetadas pelo desemprego e desproporcionalmente menos escolarizadas que os grupos dominantes. Estão sub-representadas nas estruturas políticas e super-representadas nas prisões. Têm menos acesso a serviços de saúde de qualidade e, consequentemente, menor expectativa de vida. Estas, e outras formas de injustiça racial, são a cruel realidade do nosso tempo; mas não precisam ser inevitáveis no nosso futuro⁵.

Acerca das experiências internacionais, a Índia é um dos países com maior tradição em se tratando de ações afirmativas. Os motivos e razões para que o Estado indiano saísse da postura neutra e fosse à postura afirmativa em relação às questões sociais seguem adiante:

Em uma sociedade marcada por uma forte estratificação ocupacional, educacional e marital em castas, as primeiras medidas foram introduzidas ainda sob o domínio colonial britânico, no início do século XX. Diante do quase monopólio das oportunidades econômicas e educacionais abertas pelo *Raj* britânico pelos Brâmanes, membros das castas mais baixas e Intocáveis (Dalits) produziram uma pressão crescente pelo estabelecimento de reservas de vagas para não-Brâmanes no serviço público e instituições educacionais.

Durante a descolonização do país, por sua vez, o *Indian National Congress*, partido composto majoritariamente pelos Brâmanes, classes médias urbanas e classes proprietárias, viu-se diante da necessidade de acenar com mudanças substantivas para minorias de modo a conquistar adesão e legitimidade. Isso possibilitou que Bhimrao Ramji Ambedkar, líder *dalit* educado na Inglaterra e Estados Unidos e um dos mais eminentes juristas da Índia, se tornasse presidente do comitê de elaboração da Constituição do país. Como ocupante do cargo, Ambedkar logrou êxito em introduzir garantias constitucionais de cotas de representação nas legislaturas provinciais e nacionais, vagas no serviço público e na educação para as *Scheduled Castes* (termo legal para os *dalits*) e *Scheduled Tribes* (grupos tribais, conhecidos como *Adivasis*). Essas medidas receberam a denominação de “políticas de reserva” (*reservation policies*)⁶.

5 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saudepopnegra.pdf>> Acesso em: 16 out 2014.

6 Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa - GEMAA. (2011) "Ação afirmativa no

Em relação à interpretação dada pelo judiciário canadense, Paulo Lucena de Menezes afirma que:

A relação existente entra a norma que prevê a igualdade jurídica, em termos genéricos, e a que assegura a ação afirmativa (v.g. 15.1 e 15.2 do *Charter of Rights*), tem sido interpretada de formas variadas. Via de regra, tem prevalecido um entendimento muito próximo daquele que é consagrado no Brasil, que exige uma relação lógica e razoável entre a diferenciação benigna feita pela norma e o fim visado. Não observados esses elementos, entende-se que a política de ação afirmativa, em vez de corrigir discriminações, torna-se, ela própria, discriminatória⁷.

Acabou recentemente, na África do Sul, o regime do *Apartheid*, que se configurou como umas das maiores atrocidades já cometidas contra o próximo e os direitos fundamentais. O regime de *apartheid* significou a implantação de um regime oficial de discriminação racial que lançou os negros a uma condição de extrema inferioridade e constrangimento, em todos os planos.

Com o fim desse trágico momento histórico, a necessidade de se elaborar outro texto constitucional, que refletisse os novos valores sociais e políticos, mostrou-se imperiosa e inadiável. Até por influência da Namíbia — que guarda fortes semelhanças com a África do Sul, em termos de história racial —, as discussões a respeito das medidas que poderiam ser tomadas para dar um novo rumo ao país e para elevar a participação dos negros na sociedade tornaram a ação afirmativa um assunto de interesse nacional⁸.

Entre as propostas apresentadas, duas se destacaram. A primeira delas privilegiava o princípio da igualdade jurídica (Art. III, seção a) e proibia a discriminação baseada em vários critérios (sexo, raça, religião etc.), inclusive o preconceito social, mas com a seguinte ressalva:

(b) Para esse fim [igualdade perante a lei] o corpo legislativo mais elevado poderá, através de legislação de força e efeitos gerais, introduzir, portanto, tais programas de ação afirmativa e votar tais fundos na medida em que forem razoavelmente necessários para garantir que, através de educação e treinamento, de programas de funcionamento e de emprego, todos os cidadãos tenham iguais oportunidades de desenvolver em plenitude seus talentos e aptidões naturais⁹.

munho". Disponível em: <http://gema.iesp.uerj.br/dados/experiencias-internacionais/item/86-india.html> Acesso em: 16 out. 2014.

7 MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 130.

8 MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 132.

9 MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 132.

A segunda proposta era ainda mais incisiva no tratamento da ação afirmativa. Constatase:

Artigo 13. Ação Afirmativa (1) Nada na Constituição irá excluir a aprovação de legislação, ou a adoção por qualquer órgão público ou privado de medidas especiais de natureza positiva destinadas a produzirem o incremento de abertura de oportunidades, incluindo acesso a educação, a habilidades especiais, a empregou ou a terra, e o progresso geral nas esferas social, econômica e cultural de homens e mulheres que, no passado, tenham sido prejudicados pela discriminação¹⁰.

Essa segunda proposta, em relação à primeira, teve uma abrangência maior de ação afirmativa e, inclusive, abordou sua adoção tanto pelo setor público quanto pelo setor privado em benefício de homens e mulheres.

A primeira proposta legislativa com objetivo de implementar medidas especiais destinadas à promoção dos afro-brasileiros foi apresentada por Abdias do Nascimento, com o Projeto de Lei nº 1.332, de 1983, que “dispõe sobre ação compensatória visando à implementação do princípio da isonomia social do negro, em relação aos demais segmentos étnicos da população brasileira, conforme direito assegurado pelo art. 153, §1º da Constituição da República”. O projeto abrange as áreas do emprego, público e privado, e da educação, estabelecendo cotas de 20% para homens negros e de 20% para mulheres negras em todos os “órgãos da administração pública, direta e indireta, de níveis federal, estadual e municipal”, incluindo as Forças Armadas. Reserva também a estudantes negros 40% das vagas do Instituto Rio Branco, divididas igualmente entre homens e mulheres, e obriga o Ministério e as Secretarias de Educação a estudar e implementar “modificações nos currículos escolares e acadêmicos, em todos os níveis (primário, secundário, superior e a pós-graduação)”, com vistas a incorporar o conteúdo dos cursos de História do Brasil e de História Geral “o ensino das contribuições positivas dos africanos e seus descendentes” e também das civilizações africanas, “particularmente seus avanços tecnológicos e culturais antes da invasão europeia.”¹¹ O projeto nem mesmo foi apreciado, mas algumas medidas do projeto foram

10 MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

11 SANTOS, Sales Augusto dos. **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. p. 126.

implementadas posteriormente, como é o caso das bolsas de estudos para negros no Instituto Rio Branco, criadas no governo do Fernando Henrique, e das modificações curriculares, instituídas pelo Governo Lula.

No Brasil, embora as ações afirmativas sejam vistas quase que invariavelmente como algo que se aplica exclusivamente aos negros por meio de cotas e, pra alguns, até mesmo como uma forma discriminação, a ideia de tratar os desiguais de forma desigual já está presente na legislação brasileira há muito tempo. Exemplo disso é a chamada Lei dos Dois Terços, implementada na década de 1930 para garantir a participação majoritária de trabalhadores brasileiros nas empresas em funcionamento no Brasil, em uma época em que muitas empresas de imigrantes costumavam discriminar os trabalhadores nativos, sobretudo em São Paulo e nos Estados do Sul¹². Também existem leis garantindo o emprego a portadores de deficiência no setor privado e em concursos públicos; participação de mulheres nas listas de candidatos dos partidos; e outras infinidades de discriminações positivas em relação a outros grupos como: crianças, jovens, idosos, micro e pequenos empresários, etc., etc. Enquadram-se ainda o próprio imposto de renda progressivo e também o dispositivo legal que permite às mulheres aposentar-se aos 30 anos de serviço (5 anos antes do homens). Portanto, sob uma análise restrita do princípio constitucional da igualdade, seria necessário acabar todas essas questões e até mesmo com o Bolsa Escola, que discrimina negativamente quem ganha acima de determinada quantia.

Ainda em relação a exemplos de ação afirmativa no ordenamento jurídico brasileiro, Marco Aurélio Mello, explica que a ação afirmativa não é acolhida somente pela Constituição Federal, mas também por legislação ordinária:

(...) A Lei nº 8112/90 (...) fixa reserva de 20% das vagas, nos concursos públicos, para os deficientes físicos. A lei eleitoral, de nº 9.504/97, dispõe sobre a participação da mulher, não como simples eleitora, o que foi conquistado na década de 30, mas como candidata. Estabelece também, em relação aos candidatos, o mínimo de 30% e o máximo de 70% de cada sexo. (...) Por outro lado, a Lei nº 8666/93 viabiliza a contratação, sem licitação — meio que impede o apadrinhamento —, de associações, sem fins lucrativos, de portadores de deficiência física, considerado, logicamente, o preço do mercado. No sistema de quotas a ser adotado, deverá ser sopesada a proporcionalidade, a razoabilidade, e, para isso, dispomos de estatísticas. Tal sistema há de ser utilizado para a correção de

12 SANTOS, Sales Augusto dos. **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005. p. 123.

desigualdades. Portanto, deve ser afastado tão logo eliminadas essas diferenças.¹³

O preconceito até os dias atuais continua enraizado e, com isso, há uma negação social em relação a alguns grupos que são excluídos. Deve ser possibilitado ao negro um grau de cidadania para que os negros se sintam inseridos na história como um povo que teve seus direitos aniquilados e precisa de ações afirmativas para que sejam tratados tardiamente como iguais e parte de um todo.

(...) O ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra¹⁴.

1.2 Ações afirmativas e a constituição de 1988

A Constituição de 1988 firmou um rico compromisso com a igualdade. Pela primeira vez no Brasil uma Constituição reconheceu o racismo e o preconceito racial como fenômenos presentes na sociedade brasileira e sustentou a necessidade de combatê-los, defendeu a promoção da igualdade como meta da República e determinou a valorização dos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira sob o fundamento de respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais¹⁵. Daí a importância atribuída ao princípio da igualdade, que se evidencia por estar logo no caput do artigo 5º do texto constitucional, diferentemente dos demais direitos individuais, espalhados pelos incisos do artigo.

Expõe Cármen Lúcia:

A Constituição da República de 1988 refere-se à igualdade já em seu Preâmbulo, onde se definem os valores que nortearam os constituintes, Afirmando-os supremos, estabelece-se que os representantes do povo brasileiro reuniram-se para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos¹⁶.

¹³ Texto extraído de palestra proferida, em 20 de novembro de 2001, no Seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

¹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.44.

¹⁵ JACCOUD, Luciana. **A construção de uma política de promoção da igualdade racial: uma análise dos últimos 20 anos**. Brasília: Ipea, 2009. p. 19.

¹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê

Cármén Lúcia define que “preâmbulo é o enunciado preliminar da Constituição, no qual se declara a origem, os princípios gerais e os fins da elaboração normativa fundamental posta sistemicamente à observância da sociedade¹⁷.”

As constituições brasileiras anteriores à de 1988 não deram a devida atenção ao tema discriminação, prevendo, quando o faziam, somente em algum artigo de maneira bem pontual e sucinta, diferentemente da Constituição Federal de 1988, que aborda o tema em diversos pontos desde seu início até seu final, visando a igualdade material, que transcende a igualdade formal. Tratando-se especificamente de ações afirmativas, questão central no combate à discriminação, a Constituição Federal de 1988 as fundamentam nos artigos 3º, incisos I, III e IV; 4º, inciso VIII; 5º, inciso XLII e o 23, incisos II e X; e 170, inciso VII, que serão melhor explicitados a seguir.

No que concerne aos Princípios Fundamentais, o artigo 3º da Constituição Federal se refere aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e apresenta em seus incisos I, III e IV, respectivamente, as seguintes disposições: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Tais verbos dos princípios fundamentais (construir, garantir e promover) nos remetem a ideia de ação e, conseqüentemente, a conclusão de que é necessária uma política pública afirmativa para diminuir as discriminações existentes no país, ou seja, deixar de discriminar não é o suficiente, é preciso tomar alguma atitude positiva para mudar a realidade do Brasil. Essa política de postura afirmativa promoveria a inserção das minorias mal representadas nas camadas sociais privilegiadas, apesar de, no caso dos negros, serem muito bem representados numericamente.

Já o artigo 4º, inciso VIII, expõe que a República Federativa do Brasil reger-se-á nas relações internacionais de acordo com o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, o que, por seu caráter repudioso, não parece lógico que a ideia do dispositivo seja restringir a atuação estatal, quanto às ações

S/A, 1990. p. 67.

17 ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990. p. 67.

discriminatórias, somente à esfera penal. Faz-se necessário também lembrar que o tema discriminação está por toda a Constituição de 1988, diferentemente da Constituição brasileira de 1967, que abordava a discriminação racial somente nos parágrafos 1º e 8º de seu artigo 150.

Em relação ao racismo e à Constituição Federal, que estipula igualdade (material, ou seja, levando-se em conta as distinções dos grupos¹⁸) sem distinção de origem, cor e raça e também prevê o repúdio ao racismo nas relações internacionais, José Afonso da Silva leciona:

O texto constitucional, que proíbe preconceito de origem, cor, e raça e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia, antes de tudo, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça e cor especialmente contra os negros não está ausente das relações sociais brasileiras. Disfarçadamente ou, não raro, ostensivamente, pessoas negras sofrem discriminação até mesmo nas relações com entidades públicas¹⁹.

Quanto aos direitos e garantias fundamentais, particularmente os direitos e deveres individuais e coletivos, o artigo 5º, por sua vez, profere que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; e define, em seu inciso XLII, a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível. Tornando-se possível verificar, claramente, aqui e em todo o texto constitucional, a cuidadosa intenção de garantir a efetivação da igualdade material, de modo a criar uma harmonia entre as ações afirmativas e as intenções da Constituição.

Sobre a intenção do constituinte ao prever a imprescritibilidade nos crimes de racismo, o Ministro Maurício Corrêa discorre que:

No Estado de Direito Democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. (...) A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem²⁰.

Com relação ao título III da Constituição Federal, que trata sobre a organização do Estado, o artigo 23, em seu inciso X, expressa que é de

18 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 216.

19 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 256.

²⁰ HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 9-3-2004

competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, com a integração social dos setores desfavorecidos, portanto, a discriminação é realmente um tema que a constituição não só a reconheceu e a considerou, mas também exige ações concretas (ou afirmativas) do Poder Público em diversos âmbitos e, inclusive, de forma concreta. A efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais também estão presentes no artigo 5º da Constituição Federal, nos seus artigos 1º e 2º e, por trazer disposições importantes sobre esse assunto, sua observância é um ponto relevante para a questão das ações afirmativas. O parágrafo 1º estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata no país e o parágrafo 2º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A partir da análise do parágrafo 1º com o parágrafo 2º do artigo 5º do texto constitucional, uma interpretação sistemática da Constituição Federal permite a constatação de que o tema deste trabalho pertence às normas de mais alta relevância para proteção dos direitos humanos e, somente posteriormente, dos direitos das minorias, ou seja, aos tratados internacionais de direitos humanos, que, portanto, necessitam apenas de ratificação. Sobre estes parágrafos, o Ministro Celso de Albuquerque Mello ensina:

O disposto no art. 5º, §2º da Constituição Brasileira de 1988 se insere na tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5º, §2º e 5º, §1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno²¹.

²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 498.

Finalmente, no artigo 170, em seu título VII, que versa sobre a ordem econômica, que prevê a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como bases da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais. Não obstante o interesse de qualquer membro da sociedade na conquista de diversos bens sociais para melhorar sua qualidade de vida, o dia a dia das civilizações não proporcionou ao total da população tais benefícios.

Assim, ao partir da experiência humana de nunca ter dado à totalidade de sua população o acesso amplo aos melhores bens, passou a ser considerado que o essencial seria possuir o mínimo para uma existência digna. Por outro lado, esse mínimo não precisa ser composto única e exclusivamente por pecúnia, porquanto a vida digna não pode prescindir da expectativa de melhora de qualidade de vida. Mesmo que em uma existência digna com o mínimo, a possibilidade de mudar completamente seu cotidiano transformaria o indivíduo que, por conseguinte, na expectativa de um futuro melhor para si e para sua família, proveniente desse leque de possíveis oportunidades, embarcaria em alguma nova e profícua forma de viver.

Isso ocorreu, inclusive, na história recente dos imigrantes europeus quando chegaram ao Brasil em meados do séc. XIX. Fator histórico ainda mais recente, logo após a Segunda Guerra Mundial, houve grande desemprego em várias camadas sociais na Europa, principalmente entre os trabalhadores mais simples que se sentiam excluídos diante dos desastres social, econômico e humano ocorridos naquele continente. Com o intuito de retornarem à vida digna que não mais esperavam encontrar em seus países, muitas pessoas migraram ao Brasil. Porém, todos esses imigrantes vieram com um sentimento ainda maior que o de viver com o mínimo. Assim ousaram ir a um país diferente que lhes dava possibilidades de conquistas e maiores oportunidades para prosperar em terra distante e bem diferente do que lhes era habitual. Importante frisar que a primeira experiência notória no Brasil com ações afirmativas ocorreu com a migração europeia. Aos imigrantes foram dados alguns hectares de terra²². Atualmente, percebe-se com

²² Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Imigração e Colonização**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/07-Luiza_lotti.pdf> Acesso

facilidade que a maior parte desses imigrantes prosperou, dando-lhes, mesmo nos dias atuais, toda a possibilidade de trabalho nos setores mais dinâmicos e produtivos do País. O que não ocorreu com os afrodescendentes que chegaram antes, já estavam aqui em mais quantidade e a mais tempo e não tiveram outra escolha a não ser sobreviver com trabalhos desqualificados que não os levariam à prosperidade.

As ações afirmativas, por constituírem solução de um problema político-social de âmbito global, não se limitam ao âmbito interno do Direito Interno e envolvem também o Direito Internacional. No que concerne ao compromisso do Brasil, inclusive perante a comunidade internacional, em agir contra as discriminações raciais, torna-se relevante citar que, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial foi ratificada pelo Brasil em 1968 e passou a vigorar no sistema jurídico brasileiro a contar da edição do Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. A convenção determina, especialmente no artigo II, que os entes federativos devem eliminar a discriminação, inclusive por medidas legislativas e pelo fortalecimento de organizações capazes de eliminar barreiras entre as raças, e também destaca a necessidade de um prazo para a execução de tais medidas para não haver qualquer tipo de discriminação.

Artigo II

Os Estados Partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem tardar uma política de eliminação da discriminação racial em todas as suas formas e de promoção de entendimento entre todas as raças e para esse fim:

d) Cada Estado Parte deverá, por todos os meios apropriados, inclusive se as circunstâncias o exigirem, as medidas legislativas, proibir e pôr fim, a discriminação racial praticadas por pessoa, por grupo ou das organizações;

e) Cada Estado Parte compromete-se a favorecer, quando for o caso as organizações e movimentos multi-raciais e outros meios próprios a eliminar as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tende a fortalecer a divisão racial.

2) Os Estados Partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos

quais foram tomadas²³.

Ademais, em relação ao racismo e ao compromisso também perante à comunidade internacional, o Ministro Maurício Corrêa declarou:

Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energeticamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, 'negrofobia', 'islamafobia' e o antissemitismo²⁴.

Recentemente, foi aprovada a Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, que busca garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica²⁵ e define o que são programas de ação afirmativa no parágrafo único do artigo 4º:

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

A importância, inclusive histórica, desse instituto por prever expressamente as ações afirmativas é muito bem analisada por Allan Coelho Duarte:

Tal instituto é verdadeiro marco na legitimação e disseminação dos programas de ação afirmativas regionais, pois assegura legalmente que será promovida a integração da população negra, mediante, dentre outras formas, a adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa e ainda assegura que a implementação de tais programas serão destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas em várias áreas, como educação, cultura, esporte e lazer, segurança, trabalho, moradia, meios de

23 BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 10 abr. 2015.

²⁴ HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, plenário, DJ de 19-3-2004.

25 BRASIL. Lei nº 11.288, de 20 de julho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 9 ago. 2015.

comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra e à Justiça.²⁶

Torna-se relevante ressaltar que já existiam ações afirmativas, mas, como bem explica Allan Coelho Duarte, foi um marco porque anteriormente não havia previsão expressa de ações afirmativas para a população negra. O que, certamente, evitou várias discussões subjetivas sobre o tema.

26 DUARTE, Allan Coelho. **A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/SENADO, abril/2014 (Texto para Discussão nº147). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 22 de abril de 2014.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A burguesia, consciente de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade, mesmo sendo a igualdade o ponto fundamental da democracia. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e daria à liberdade um sentido material que não se harmonizaria com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa²⁷. Em outras palavras, a igualdade não admite os privilégios e distinções que um regime liberal consagra.

2.1 Concepção antiga e concepção moderna

A democracia moderna, adepta exclusivamente da igualdade formal (concepção mais antiga que não busca a efetividade da igualdade), não conseguiu acabar com os privilégios, as desigualdades e as injustiças dominantes. Por ter sido uma fase de mudança do feudalismo para o capitalismo, a modernidade não estabeleceu definitivamente uma igualdade democrática entre todos. Mas os descentramentos que provocaram mudanças na construção de um novo mundo e de um novo ser humano foram fundamentais para a eclosão das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e para a consolidação do Estado Liberal e da igualdade formal²⁸.

Sobre a Revolução Francesa de 1789, que foi fundamental na configuração de um novo mundo e na construção de novos conceitos para o Direito e para o princípio da igualdade, Fábio Konder Comparato descreve um fato ocorrido que mostra muito bem a mudança de ideologia proveniente desta revolução:

A convicção de fundar um novo mundo, que não sucedia o antigo, mas a ele se opunha radicalmente, levou, aliás, os revolucionários à destruição sem remorsos de um número colossal de monumentos históricos e obras de arte, em todo o território do reino. Para os líderes intelectuais da revolução, esses bens não apresentavam nenhum valor cultural, mas eram, bem ao contrário, contravalores²⁹.

27 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 213.

28 CLÈVE, Clémerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 35.

29 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 126.

O art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, um dos documentos mais importantes do século XVIII, evidenciou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito, isto é, afirmou a igualdade e os direitos individuais. Porém, a espécie de igualdade firmada foi a formal, de caráter puramente negativo, ou seja, objetivava unicamente a abolição de privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. José Afonso da Silva, inclusive, chama a atenção ao lecionar que as desigualdades econômicas são provenientes desse tipo de igualdade, porque se fundou numa visão individualista do homem, como se os homens pertencessem a uma sociedade liberal relativamente homogênea³⁰. Cármen Lúcia Antunes Rocha reconhece a importância do dispositivo, mas também adverte sobre a limitação dessa igualdade formal e esclarece que “a inegável importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão repousa em seu caráter de universalismo e atemporalidade”³¹.

A análise do ponto de vista prático do período pós-revolução é de suma importância. Foi mencionado que a igualdade que estava expressa nesse período era a formal, ou seja, aquela que o Estado entende que somente a previsão legal basta para haver uma igualdade plena e definitiva. Porém, apesar de a burguesia tratar o princípio da igualdade como um dos seus pilares, o Estado francês, agora burguês, limitou-se à posição de neutralidade em relação a este princípio, sem agir de maneira afirmativa em relação à desigualdade e à escravidão, que ainda eram realidades presentes nas colônias francesas, o que tornava os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade inalcançáveis³².

Após a Revolução Francesa, a burguesia pôde abrir caminho para a Revolução Industrial. Porém, a igualdade meramente formal, que assegura ao Estado uma postura neutra em relação aos seus princípios basilares (liberdade, igualdade e fraternidade), e a Revolução Industrial como novo contexto capitalista não só mantiveram as mazelas do povo já existentes, como também agravaram os problemas sociais, conforme bem explica José Luiz Quadros de Magalhães:

30 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 217.

31 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990. p. 33.

32 RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 53.

Esse individualismo dos séculos XVII e XVIII corporificado no Estado Liberal e a atitude de omissão do Estado diante dos problemas sociais e econômicos conduziram os homens a um capitalismo desumano e escravizador. O século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis³³.

Acerca da evolução da aplicabilidade do princípio da igualdade tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social, Cármen Lúcia Antunes Rocha explica que a igualdade formal oitocentista, inicialmente formulada como bastante, progrediu e, hoje, no Estado Social, o que se busca é a igualdade material, ou seja, tornar a igualdade formal também efetiva. Em suas próprias palavras, a jurista esclarece:

Do Estado Liberal, forjado a partir da fase revolucionária oitocentista, até o Estado Social em que ensaia viver atualmente, o constitucionalismo modificou-se, buscando fazer com que os direitos contemplados e formalmente assegurados nos documentos normativos fundamentais passassem a ter materialidade em sua aplicação e efetividade em sua assunção pelos indivíduos. De uma igualdade formal, inicialmente formulada como bastante, passou-se a uma igualdade material, pela qual se busca torna-la efetiva³⁴.

Todos estes problemas sociais e a perseverante busca por novos mercados levaram os países europeus à corrida imperialista. A efetiva realização do princípio da igualdade ficou cada vez mais distante, pois o que se viu foi a exploração, a miséria, a fome e profundas desigualdades, tudo isso em nome do lucro e da acumulação de capital.

Diante de fatos e injustiças cada vez mais graves, várias teorias buscaram a construção de uma sociedade mais justa e igual. Destacaram-se Karl Marx e Friedrich Engels como os grandes teóricos do Socialismo Científico.

Marx contrapôs no sistema capitalista a burguesia e os proletariados, mostrando as reais desigualdades existentes entre as duas classes sociais. A exploração desses últimos era uma realidade, pois muitas vezes eram submetidos a jornadas de trabalho de mais de dezesseis horas por dia, sujeitos a todo desrespeito possível³⁵.

33 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)**. São Paulo: Editora Juarez, 2000. p. 44.

34 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990. p. 34.

35 MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Livro I. 18 ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001.

A disputa entre os países europeus por novos mercados consumidores proporcionou várias guerras. A última e mais importante antes de uma mudança de um capitalismo liberal para o capitalismo social foi a Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

A Primeira Guerra Mundial e diversas outras causas políticas econômicas e sociais levaram à eclosão da Revolução Russa de 1917. Marcada pela busca por justiça social e igualdade. Coube aos russos promover a revolução socialista, rompendo com o capitalismo e colocando fim à igualdade formal e afirmando os direitos sociais e a igualdade entre todos³⁶.

A Constituição Alemã de Weimar de 1919, além de ser marcada por inaugurar o Estado Social, veio instituir o sistema republicano na Alemanha que se encontrava totalmente destruída após terríveis anos da Primeira Guerra Mundial. A igualdade foi afirmada, inclusive a igualdade de direitos entre homem e mulher e a igualdade entre os filhos legítimos e aqueles tidos como ilegítimos³⁷.

Entretanto, a nova feição social do capitalismo e a igualdade meramente no plano legal foram incapazes de impedir o surgimento do Fascismo, do Nazismo e dos Estados Totalitários. José Luiz Quadros de Magalhães, ao explicar as bases do fascismo e do nazismo, evidencia como a postura neutra do Estado ao somente prever um dispositivo legal contra a discriminação (igualdade formal), por si só, não produz os efeitos sociais almejados:

O fascismo europeu e o nazismo têm em comum um discurso social, a prática de uma economia dirigida voltada para a indústria bélica, a violência, sendo um movimento antidemocrático, antissocialista, antiliberal, anticomunista, antioperariado, ultranacionalista e, especialmente no caso alemão, antisemita³⁸.

No final da Segunda Guerra, em 1945, foi criada a ONU para ficar responsável pela manutenção da paz e dos direitos. O princípio da igualdade está expresso na Carta de instituição da organização em pleno preâmbulo, que expressa os ideais e os propósitos dos povos cujos governos se uniram para constituir as Nações Unidas:

36 RODRIGUES, Eder Bomfim. **ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 56.

37 RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 57.

38 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 210.

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla³⁹.

Após várias violações aos Direitos Humanos durante a Segunda Guerra Mundial e a tensão dos regimes totalitários, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948, o mais importante documento internacional ainda hoje existente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Importante por garantir, em âmbito universal, a igualdade e a liberdade de todos os seres humanos, ou seja, retoma as ideias universais da Revolução Francesa de 1789, e também por influenciar a concretização da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1968, que abriu caminho para a abolição da discriminação e da segregação racial através das políticas de ações afirmativas⁴⁰.

O período pós-guerra trouxe o renascimento do Estado Social⁴¹. O que garantiu à igualdade uma nova forma, a igualdade material, que possibilita o máximo bem-estar social, diferentemente da igualdade formal dos liberais até então prevalecente, que acredita (ou nem isso) na previsão legal como agente capaz de diminuir as desigualdades raciais por si só.

Mas este Estado Social e esta igualdade material não foram realidades pelo mundo. Os países da América-latina, inclusive o Brasil, viveram longos anos sob o regime de ditadura e os Estados Unidos e a Europa se envolveram em guerras como a Guerra Fria, entre os Estados Unidos e a União Soviética, o que proporcionou o desrespeito à igualdade e aos Direitos Humanos em diversas regiões como, por exemplo, na Ásia com as Guerras da Coreia e do Vietnã.

Após tal período, inclusive com a queda do muro de Berlim, o princípio da igualdade adquire uma nova face com o Estado Democrático de Direito. Neste

39 ONU. Disponível em: <http://www.onu.org.br/docs/carta_da_onu.pdf> Acesso em: 6 nov. 2014.

40 RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 58.

41 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)**. São Paulo: Juarez, 2000. p. 67.

novo modelo, o cidadão é visto como autor e participante dos discursos políticos de diversas maneiras, “articulando e fazendo valer interesses feridos [...] na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes” ⁴².

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em relação ao princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito, explica:

A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade⁴³.

Portanto, no Estado Democrático de Direito, o Estado não mais deve assumir uma postura neutra somente com a igualdade formal por meio de dispositivos legais para diminuir desigualdades sociais, mas sim uma postura positiva em relação às injustiças sociais para que ocorra uma igualdade material e efetiva com o objetivo de promover a participação legítima de todas as pessoas nos processos democráticos.

2.2 Evolução do princípio da igualdade no Brasil

O Brasil sempre adotou o princípio da igualdade em suas constituições. O que não indica, porém, que tenha havido sempre respeito a ele, mesmo quando a igualdade era unicamente formal. Cármen Lúcia Antunes Rocha cita uma fase brasileira marcante que define bem o desrespeito ao princípio constitucional da igualdade:

Tanto que na primeira fase do constitucionalismo positivo brasileiro, a imperial, o princípio posto na Lei Magna coexistiu com a escravidão, tendo aquele documento e esta perversa mancha sócio-política ruído em duas etapas de um mesmo momento histórico nacional⁴⁴.

A Constituição de 1824, por meio do princípio da igualdade, previu a igualdade da lei para todos ao garantir a acessibilidade dos cidadãos aos cargos

42 HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. p. 183.

43 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 16.

44 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990. p. 62.

públicos sem outra diferença que não fosse a dos talentos e virtudes de cada um e estabelecer a abolição de todos os privilégios estranhos à essência do cargo, conforme expressa o artigo 179 em seus itens 13 a 17⁴⁵.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

O ponto central em relação à Constituição de 1824 é que, apesar de o princípio da igualdade estar previsto e explícito, a igualdade existente estava apenas no plano formal. Tanto que, na vigência da Constituição de 1824, o Brasil estava sob o regime monárquico, com todos seus títulos e posições sociais, e ainda não havia abolido a escravidão. O que demonstra claramente o contraste entre a norma prevista e sua aplicação efetiva.

A segunda Constituição do Brasil, a de 1891, foi promulgada logo após a abolição da escravidão, ocorrida em 1888, e a proclamação da República, em 1889, as quais, naturalmente, provocaram mudanças em relação ao princípio da igualdade. Foram extintos os privilégios da nobreza, decorrência até do próprio fim da Monarquia até ali existente, mas a principal questão desta Constituição consiste no fato de a desigualdade ter se acentuado em decorrência das influências socioeconômicas derivadas da própria Monarquia. Rui Barbosa anotava que:

A forma republicana de governo adotada encontrou, entretanto, no Brasil estranha sede de privilégios não escritos, mas fortes, que se fariam valer pela imposição da força embasadora de inúmeras fases históricas de autoritarismo, a primeira das quais se seguiu, logo, à recente proclamação republicana. De outra parte, é de se pôr em relevo a circunstância de que caiu a Corte, mas não os cortesãos⁴⁶.

45 BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

46 BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Volume. São Paulo: Saraiva &

A Constituição de 1934 previu mais uma vez o princípio da igualdade, em seu artigo 113, inciso 1, mas com uma breve e importante alteração: a questão dos privilégios, que ainda pairavam de forma acentuada sobre o Estado brasileiro.

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas⁴⁷.

O princípio da igualdade, decorrente da Constituição de 1934, mais uma vez, não produziu a aplicabilidade esperada por estar prevista em uma Constituição Federal. Sobre tal frustração, Cármen Lúcia Antunes Rocha explica o ocorrido:

A Constituição de 1934 tem um perfil inédito, dentre vários pontos, também quanto ao tratamento do princípio jurídico da igualdade, portanto, possibilitando uma alteração de rumos na condução das relações jus-políticas. Se maiores e benéficos efeitos não produziu foi em razão da pouca vontade política em dar-lhe eficácia plena e aplicabilidade integral e imediata e pela brevidade de sua vigência, açoitada como foi, logo em seguida à elaboração, pelos acontecimentos políticos que lhe rasgaram as disposições e reduziram a cinzas suas páginas, para cumprir o destino autoritário de que se apeara, aventureiro, no Poder⁴⁸.

O princípio da igualdade na Carta de 1937 simplesmente previu em seu artigo 122, parágrafo 1º, que “todos são iguais perante a lei”.⁴⁹ Tal fato se deu por ter sido um período de ditadura.

A Constituição de 1946, em si, foi bastante discreta em relação ao princípio da isonomia, uma vez que o previu da mesma forma que a Carta de 1937 ao afirmar que “Todos são iguais perante a lei” no seu artigo 141, §1º⁵⁰.

Cia., 1934. p. 216 apud ROCHA, 1990. p. 63.

47 BRASIL. Constituição (1934). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

48 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990. p. 64.

49 BRASIL. Constituição (1937). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

50 BRASIL. Constituição (1946). **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em:

Mas o período de sua vigência foi de grande importância quanto à evolução do princípio. Tal progresso se deu em decorrência do fim da ditadura e foi de cunho essencialmente doutrinário. O motivo, de acordo com Cármen Lúcia, se deu porque: “atribuíram ao princípio da isonomia o sentido de obrigação a ser observada, estrita e incontornavelmente, pelo legislador, tanto quanto pelo administrador e pelo julgador.”⁵¹

Em relação à Constituição de 1946, houve outra mudança muito importante: o Estado, antes com características liberais, torna-se um Estado Social, conforme a explicação de XXX:

Os ranços mais graves e densos do Estado Liberal cedem lugar, no mundo, a uma nova proposta de Estado, qual seja, o modelo de Estado Social, que faz medrar no sistema normativo o elemento humano numa inteireza social antes não vista ou não desejável de ser percebida pelo constitucionalismo abúlico do modelo liberal do Estado⁵².

A Carta de 1967 foi outorgada após os militares assumirem o exercício do Poder em 1964 e em seu artigo 150, §1º⁵³, vedou a distinção preconceituosa, especialmente em relação a sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, prevendo, inclusive, que o preconceito de raça seria punido pela lei.⁵⁴ Porém, a Constituição de 1967 não atendeu aos interesses do grupo que dominava o Poder e, em 1969, houve a “Emenda Constitucional nº 1” que, consoante Afonso Arinos de Mello Franco, visava “somente dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato⁵⁵”.

A Constituição-emenda de 1969 não alterou o princípio da igualdade expresso na Constituição de 1967. Previu, em seu artigo 153, §1º, que “todos são iguais perante a lei”, a vedação à distinção preconceituosa e manteve a punição por preconceito de raça⁵⁶.

10 abr. 2015.

51 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: LÊ S/A, 1990. p. 65.

52 FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, apud ROCHA, 2001. p. 65.

53 BRASIL. Constituição (1946). **Constituição Da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

54 Lei nº 1.390/51 (Lei Afonso Arinos). Foi promulgada por Getúlio Vargas e incluiu o preconceito racial nas contravenções penais.

55 FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, apud ROCHA, 2001. p. 65.

56 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo V, ° 701 apud ROCHA, 2001. p. 67.

Sobre o efetivo desempenho do princípio da igualdade previsto na Constituição-Emenda de 1969, no que se refere à redução das desigualdades socioeconômicas, o relatório anual de 1990 do Banco Mundial demonstrou que o Brasil estava na frente apenas de Honduras e Serra Leoa, ou seja, em vez de aplicar efetivamente as normas constitucionais e o princípio da igualdade, o Brasil estava concentrando cada vez mais a renda.

Após a Constituição de 1969, sobreveio a Constituição de 1988, que, de certa forma, tal tema já foi devidamente abordado neste trabalho em *Ações afirmativas e a Constituição de 1988*. Porém, de forma sucinta, convém exteriorizar que as constituições brasileiras, desde o Império, inscreveram o princípio da isonomia como igualdade perante a lei, ou seja, como a própria igualdade formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratem a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do princípio da igualdade, nos termos do art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social, fundamentando-se tanto na igualdade formal quanto na material.

2.3 Igualdade material no serviço público

A igualdade material, aquela que busca a efetiva igualdade ao ir além da formalidade legal, é prevista e aplicada no ordenamento jurídico brasileiro de diversas maneiras.

Alguns dispositivos legais foram previstos com a principal função de criar uma igualdade na sociedade por meio de um tratamento desigual a um grupo desigual, ou seja, significa que o Estado foi além da igualdade formal, que é genérica, e passou a tratar de maneira diferente e proporcional quem está em uma posição diferente para, enfim, haver isonomia na sociedade.

Na Lei Orgânica da Magistratura Nacional há alguns benefícios revistos que são exclusivamente peculiares a esta classe profissional.

Art. 65 - Além dos vencimentos, poderão ser outorgadas aos magistrados, nos termos da lei, as seguintes vantagens:
I - ajuda de custo, para despesas de transporte e mudança;
II - ajuda de custo, para moradia, nas localidades em que não houver

residência oficial à disposição do Magistrado. (Redação dada pela Lei nº 54, de 22.12.1986)
 III - salário-família;
 IV - diárias;
 V - representação;
 VI - gratificação pela prestação de serviço à Justiça Eleitoral;
 VII - gratificação pela prestação de serviço à Justiça do Trabalho, nas Comarcas onde não forem instituídas Juntas de Conciliação e Julgamento;
 VIII - gratificação adicional de cinco por cento por quinquênio de serviço, até o máximo de sete;
 IX - gratificação de magistério, por aula proferida em curso oficial de preparação para a Magistratura ou em Escola Oficial de Aperfeiçoamento de Magistrados (arts. 78, § 1º, e 87, § 1º), exceto quando receba remuneração específica para esta atividade;
 X - gratificação pelo efetivo exercício em Comarca de difícil provimento, assim definida e indicada em lei.
 § 1º - A verba de representação, salvo quando concedida em razão do exercício de cargo em função temporária, integra os vencimentos para todos os efeitos legais.⁵⁷

O ponto central é que tais benefícios se legitimam por serem atribuídos a uma classe que convive dia após dia sob muita pressão, tanto pela grande carga de trabalho quanto pelo fato de decidir, em todos os casos, questões muito importantes para ambas as partes. Não são todos os trabalhadores do Brasil que experimentam tais direitos, somente os magistrados por possuírem uma rotina de trabalho diferente de todos os outros profissionais.

Os professores de ensino infantil, fundamental e médio possuem a característica de se aposentarem cinco anos mais cedo nos critérios de idade e tempo de *contribuição*. *O interessante, neste caso concreto, é que foi criada uma forma de se chegar à igualdade material com o fundamento de igualar, inclusive, apenas uma parte da classe de professores.*

Aos parlamentares também são atribuídas algumas prerrogativas que lhes são exclusivas. Um exemplo disso é o benefício previsto em lei que concede ao parlamentar, no início e no final do mandato, uma ajuda de custo de mesmo valor que seu salário mensal. Conforme demonstra o Decreto Legislativo nº 210 de 2013:

Art. 1º O art. 1º do Decreto Legislativo nº 805, de 20 de dezembro de 2010, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

"Art. 1º

57 BRASIL. Lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

§ 1º É devida aos membros do Congresso Nacional, no início e no final do mandato, ajuda de custo equivalente ao valor do subsídio, destinada a compensar as despesas com mudança e transporte⁵⁸.

A aposentadoria de servidores públicos também possuem suas características próprias e mais uma vez a Constituição Federal demonstra, expressamente, objetivar a igualdade material. Tal conclusão é possível a partir da análise de que as aposentadorias de homens e mulheres se dão por caminhos intencionalmente distintos.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

- a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher;
- b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição⁵⁹.

A igualdade material mais comum e mais respeitada é em relação ao atendimento preferencial aos portadores de deficiência, aos idosos, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo. O aspecto mais interessante desta discriminação positiva se dá pelo fato de que as pessoas leigas juridicamente conseguem até mesmo perceber discriminação do Estado no caso das cotas, mas são incapazes de questionar a mesma discriminação quanto a essas pessoas protegidas por esta lei⁶⁰.

Art. 1º As pessoas portadoras de deficiência, os idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei.

Como não poderia ser diferente, a OAB, instituição comprometida com a Constituição Democrática e com a Efetivação de Direitos, dia 9 de novembro de

58 BRASIL. Decreto legislativo nº 210, de 2013. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-210-1-marco-2013-775448-publicacaooriginal-139147-pl.html>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

59 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm

60 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm

2014, aprovou, por unanimidade, cota de 30% de mulheres em chapas internas e, em chapas que só contenham mulheres, cota de 30% de homens nessas chapas.

Há mais um exemplo que demonstra como a generalização não é o melhor caminho para a justiça em sociedade. É o caso do nepotismo. Ora, não seria justo e nem haveria aplicação do princípio da isonomia se as autoridades pudessem empregar seus familiares onde bem entendessem. Os familiares, neste caso concreto, não devem ser tratados como todos os outros cidadãos são, já que eles, muito possivelmente, seriam escolhidos de forma preferencial e toda sociedade estaria prejudicada. Haveria muito mais chance de a autoridade preferir empregar um familiar desempregado a conceder o mesmo cargo a um desconhecido.

Por fim, há, inclusive, exceções à regra dos concursos públicos, que são até mesmo menos polêmicas que a questão de cotas em concursos públicos em esfera federal somente no poder executivo. Como é o caso dos cargos em comissão, que não possuem requisitos legais e são preenchidos até mesmo por quem não é profissional de carreira.

Portanto, as cotas raciais no concurso público não seriam novidade no ordenamento brasileiro, que já prevê, em alguns casos, tratamento diferenciado para alguns grupos específicos visando alcançar a igualdade material, ou seja, a igualdade efetiva no campo prático.

2.4 Desigualdade racial em números

A educação pode refletir o passado, o futuro e alcança diversos campos de análise. Ao apreciar o infográfico⁶¹ abaixo, fica clara a discrepância existente entre as raças ainda hoje no Brasil. O que se pode ver é que, em se tratando das mulheres, as brancas, em 1999, permaneciam oito anos estudando. Porém, a mulher negra, em 2009, mesmo após um incremento de 39% em sua média de estudo, continua atrasada, inclusive, em relação à mulher branca de 1999. Ora, a conclusão possível é de que o atraso da mulher negra em relação à mulher branca, ao menos em relação aos anos de estudo, é de mais de 10 anos.

⁶¹ Portal Ipea. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/infograficos_educacao.html>. Acesso em: 31 de março de 2015.

O mesmo também acontece em relação aos homens. A média de anos de estudo dos homens negros em 2009 nem sequer alcança a dos homens brancos em 1999, ou seja, neste quesito, os negros estão mais de 10 (dez anos) atrasados em relação aos brancos. Fato que chama atenção pelo fato de a lei das cotas raciais em concurso público (Lei 12990/94) ter sido criada para vigor exatamente o período de 10 (dez anos).

Educação

Média de anos de estudo da população ocupada com 16 anos ou mais de idade, segundo sexo e cor/raça. Brasil, 1999 e 2009.



Fonte: Retrato das desigualdades de gênero e raça – 4ª edição

Abaixo estão dois gráficos produzidos pela GEMAA⁶² (Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa da UERJ) em 2013. Eles demonstram a porcentagem de negros e pardos como alunos de universidades federais e também a porcentagem de negros e pardos na população brasileira que cursam ou portam diploma de graduação.

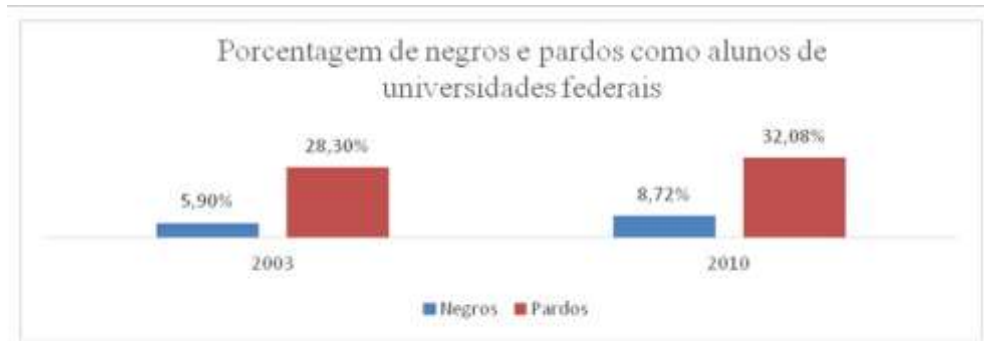
⁶² Brasil Debate. Disponível em: < <http://brasildebate.com.br/cotas-nas-universidades-federais-a-lei-e-seus-efeitos/>>. Acesso em: 31 de mar. 2015.

A intenção da pesquisa foi abordar o benefício gerado pela Lei de Cotas para o Ensino Superior, mas, a partir do que foi pesquisado, é possível vislumbrar uma conexão lógica com os concursos públicos.

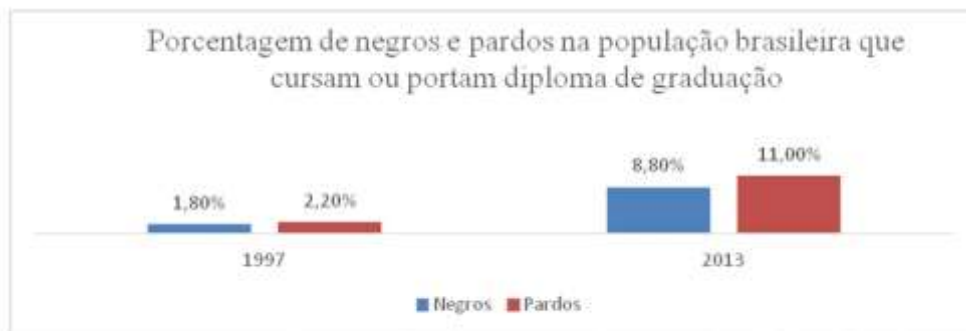
A pesquisa demonstra, em relação à porcentagem de negros e pardos na população brasileira que cursam ou portam diploma de graduação, que em 1997, apenas 1,8% dos negros e 2,3% dos pardos cursavam ou portavam o diploma de nível superior (4% da população brasileira), números que cresceram consideravelmente em 2013, já que a porcentagem dos negros subiu para 8,8% e a dos pardos para 11% (20% da população brasileira). Dados que são relevantes por explicitarem como que, apesar de concurso público ser um meio justo, a justiça não está sendo alcançada e por demonstrarem exatamente o que foi alegado na justificativa da Lei nº 12.990/14 (Lei de Cotas no serviço público):

(...) ainda que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil mantém com a população negra⁶³.

⁶³ Site da Câmara dos Deputados. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D9114DCDF6BB32D068F0F50154F074FB.proposicoesWeb2?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013>. Acesso em: 31 de mar. 2015.



Fonte: GEMAA (2013) O impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais



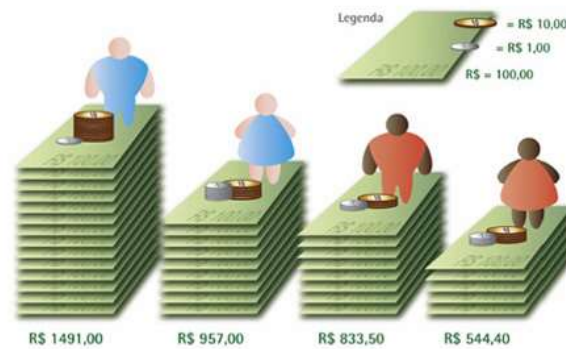
Fonte: GEMAA (2013) O impacto da Lei nº 12.711 sobre as universidades federais

A desigualdade de renda, tendo em vista sexo e raça, demonstra um aspecto importante: existe a desigualdade de gênero, porém, antes dessa, prevalece a desigualdade racial. O infográfico do Ipea⁶⁴ indica que, independente de sexo, os brancos, em média, possuem um nível socioeconômico mais confortável. Na análise dos valores médios dos agentes extremos da desigualdade de renda, ou seja, entre o homem branco e a mulher negra, a diferença de renda é de 173%. A diferença de renda entre os sexos semelhantes é de 79% entre os homens e de 76% entre as mulheres.

⁶⁴ Portal Ipea. Disponível em:
http://www.ipea.gov.br/retrato/infograficos_pobreza_distribuicao_desigualdade_renda.html
 Acesso em 31 de mar. 2015.

Pobreza, distribuição e desigualdade de renda

Renda média da população, segundo sexo e cor/raça. Brasil, 2009.



Fonte: Retrato das desigualdades de gênero e raça – 4ª edição

As favelas são, ainda, predominantemente habitadas por mais negros que brancos, independente de ser homem ou mulher quem chefia o domicílio. Percebe-se que, mais uma vez, o melhor indicador da população negra não alcança o pior da população branca⁶⁵.

A seguir, a tabela do IBGE⁶⁶ que indica a população negra como sendo 50,74% dos brasileiros e que foi usada na justificativa do Projeto de Lei 6.738/2013 para a instituição da lei de cotas raciais em concurso público.

⁶⁵ Portal Ipea. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/infograficos_habitacao_saneamento.html. Acesso em 31 de mar. 2015.

⁶⁶ Resultados do Universo do Censo Demográfico 2010. Disponível em: <
http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4QFjAA&url=ftp%3A%2F%2Fftp.ibge.gov.br%2FCensos%2FCenso_Demografico_2010%2FRes ultados_do_Universo%2Ftabelas_pdf%2Ftab3.pdf&ei=H1QbVf3uKcmIgwTTtYGQAg&usg=AFQjC NEBkDQSD0x5lmhxlIVPPqP8oCvJDw&sig2=tC-tkX6he2ir3wT3pnypQ&bvm=bv.89744112,d.eXY>. Acesso em: 31 mar. 2015.

Resultados do Universo do Censo Demográfico 2010

Tabela 1.3.1 - População residente, por cor ou raça, segundo o sexo e os grupos de idade - Brasil - 2010

Sexo e grupos de idade	População residente						
	Total	Cor ou raça					
		Branca	Preta	Amarela	Parda	Indígena	Sem declaração
Total	190 755 799	91 051 646	14 517 961	2 084 288	82 277 333	817 963	6 608
0 a 4 anos	13 796 158	6 701 186	655 958	119 956	6 217 638	101 195	225
5 a 9 anos	14 969 375	6 562 558	887 209	139 543	7 279 983	99 841	241
10 a 14 anos	17 166 761	7 196 738	1 155 472	161 453	8 557 952	94 826	320
15 a 19 anos	16 990 872	7 311 734	1 264 183	177 006	8 155 126	82 500	321
15 a 17 anos	10 357 874	4 390 760	764 245	105 554	5 045 778	51 367	170
18 ou 19 anos	6 632 998	2 920 974	499 938	71 454	3 109 348	31 133	151
20 a 24 anos	17 245 192	7 774 488	1 381 677	200 060	7 814 487	73 387	1 093
25 a 29 anos	17 104 414	7 936 115	1 443 820	202 733	7 455 402	65 104	1 240
30 a 34 anos	15 744 512	7 344 600	1 360 298	182 150	6 800 175	56 326	963
35 a 39 anos	13 888 579	6 596 137	1 175 333	152 546	5 915 773	48 167	623
40 a 44 anos	13 009 364	6 365 363	1 095 301	139 230	5 368 059	40 950	461
45 a 49 anos	11 833 352	6 052 769	972 738	124 664	4 647 205	35 645	331
50 a 54 anos	10 140 402	5 286 559	848 098	106 539	3 869 792	29 156	258
55 a 59 anos	8 276 221	4 404 057	675 404	95 149	3 076 630	24 800	181
60 a 69 anos	11 349 930	6 158 001	906 487	152 099	4 097 068	36 062	213
70 anos ou mais	9 240 667	5 361 341	695 983	131 158	3 022 043	30 004	138
Homens	93 406 990	43 652 488	7 526 611	951 404	40 861 864	409 907	4 716
0 a 4 anos	7 016 987	3 378 322	343 150	61 727	3 182 410	51 275	103
5 a 9 anos	7 624 144	3 298 172	470 534	70 877	3 733 793	50 656	112
10 a 14 anos	8 725 413	3 621 859	612 340	78 357	4 364 599	48 089	169
15 a 19 anos	8 558 868	3 623 918	670 899	78 454	4 143 806	41 617	174
15 a 17 anos	5 223 476	2 180 377	405 597	47 219	2 564 470	25 737	76
18 ou 19 anos	3 335 392	1 443 541	265 302	31 235	1 579 336	15 880	98
20 a 24 anos	8 630 229	3 819 699	731 802	87 044	3 953 282	37 533	869
25 a 29 anos	8 460 995	3 858 327	766 183	88 309	3 714 110	33 030	1 036
30 a 34 anos	7 717 658	3 533 074	725 126	80 174	3 350 221	28 285	778
35 a 39 anos	6 766 664	3 139 864	626 783	67 594	2 907 537	24 408	478
40 a 44 anos	6 320 568	3 018 969	579 017	62 176	2 639 412	20 662	332
45 a 49 anos	5 692 014	2 855 491	503 517	56 374	2 258 667	17 727	238
50 a 54 anos	4 834 995	2 482 631	427 439	48 710	1 861 713	14 355	147
55 a 59 anos	3 902 344	2 049 709	332 589	43 582	1 464 531	11 832	101
60 a 69 anos	5 265 100	2 806 439	433 546	69 983	1 938 215	16 804	113
70 anos ou mais	3 891 011	2 166 014	303 686	58 043	1 349 568	13 634	66
Mulheres	97 348 809	47 399 158	6 991 350	1 132 884	41 415 469	408 056	1 892
0 a 4 anos	6 779 171	3 322 864	312 808	58 229	3 035 228	49 920	122
5 a 9 anos	7 345 231	3 264 386	416 675	68 666	3 546 190	49 185	129
10 a 14 anos	8 441 348	3 574 879	543 132	83 096	4 193 353	46 737	151
15 a 19 anos	8 432 004	3 687 816	593 284	98 554	4 011 320	40 883	147
15 a 17 anos	5 134 398	2 210 383	358 648	58 335	2 481 308	25 630	94
18 ou 19 anos	3 297 606	1 477 433	234 636	40 219	1 530 012	15 253	53
20 a 24 anos	8 614 963	3 954 789	649 875	113 016	3 861 205	35 854	224
25 a 29 anos	8 643 419	4 077 788	677 637	114 424	3 741 292	32 074	204
30 a 34 anos	8 026 854	3 811 526	635 172	101 976	3 449 954	28 041	185
35 a 39 anos	7 121 915	3 456 273	548 550	84 952	3 008 236	23 759	145
40 a 44 anos	6 688 796	3 346 394	516 284	77 054	2 728 647	20 288	129
45 a 49 anos	6 141 338	3 197 278	469 221	68 290	2 388 538	17 918	93
50 a 54 anos	5 305 407	2 803 928	420 659	57 829	2 008 079	14 801	111
55 a 59 anos	4 373 877	2 354 348	342 815	51 567	1 612 099	12 968	80
60 a 69 anos	6 084 830	3 351 562	472 941	82 116	2 158 853	19 258	100
70 anos ou mais	5 349 656	3 195 327	392 297	73 115	1 672 475	16 370	72

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Os dados demonstrados neste trabalho não constituem uma realidade distinta daquela que é percebida diariamente pelos cidadãos brasileiros, mas tão somente possuem a função de comprovar estatisticamente como a cor da pele, mesmo atualmente, indica muitos aspectos sociais e diferenças em relação às realidades de fato entre os brancos e negros no Brasil.

3 RESERVA DE COTAS RACIAIS EM CONCURSO PÚBLICO

3.1 Motivos

Há, na exposição de motivos anexada ao projeto de lei proposto pelo Executivo (PL 6.738/2013), as justificativas do próprio Poder Público em relação à lei que instituiu as cotas raciais em concurso público. A exposição de motivos cita como justificativas alguns estudos de indicadores sociais das populações negra e branca e também a composição racial dos servidores da administração pública federal. Esta obra traz os indicadores sociais usados na exposição de motivos do projeto de lei para fundamentar a Lei 12.990/2014 (Lei de Cotas Raciais em Concurso Público).

Quanto aos motivos e justificadoras da reserva de cotas raciais em concurso público, é oportuno salientar as palavras do Ministro Marco Aurélio Mello, que defende o resgate do que chama de “dívidas históricas” para com as “minorias”. Afirma ele⁶⁷:

(...) É preciso buscar-se a ação afirmativa. A neutralidade estatal mostrou-se nesses anos um grande fracasso; é necessário fomentar-se o acesso à educação; urge constar-se com programa voltado aos menos favorecidos, a abranger horário integral, de modo a tirar o menor da rua, dando-se-lhe condições que o levem a ombrear com as demais crianças. O Estado tem enorme responsabilidade nessa área e pode muito bem liberar verbas para os imprescindíveis financiamentos nesse setor; pode estimular, mediante tal liberação, as contratações. E o Poder Público deve, desde já, independentemente da vinda de qualquer diploma legal, dar à prestação de serviços por terceiros uma outra conotação, estabelecendo, em editais, quotas que visem a contemplar as minorias. O setor público tem à sua disposição, ainda, as funções comissionadas que, a serem preenchidas por integrantes do quadro, podem e devem ser ocupadas também consideradas as minorias nele existentes.

Seguem, adiante, as justificativas do próprio Poder Público para instituir as cotas raciais em concurso público:

Diante da constatação de diversos estudos acerca da persistência de diferenças significativas quanto aos indicadores sociais das populações negra e branca, mesmo diante do esforço de redução da pobreza e da desigualdade, de expansão do emprego, do crédito e do acesso à proteção social, foi editada, em 2010, a Lei nº 12.288, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, determinando, em seus diversos artigos, ações capazes de proporcionar um tratamento mais isonômico entre essas populações. Essa realidade se replica, também, na composição racial dos servidores da administração pública federal. Constata-se significativa discrepância entre os percentuais da população negra na população total do país e naquela de

⁶⁷ MELLO, Marco Aurélio. **Comunicação apresentada ao seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro**. Brasília: Superior Tribunal do Trabalho, 20/nov/2001. p. 46.

servidores públicos civis do Poder Executivo federal. A análise de dados demonstra que, embora a população negra represente 50,74% da população total, no Poder Executivo federal, a representação cai para 30%, considerando-se que 82% dos 519.369 dos servidores possuem a informação de raça/cor registrada no Sistema. Tem-se, assim, evidência de que, ainda que os concursos públicos constituam método de seleção isonômico, meritocrático e transparente, sua mera utilização não tem sido suficiente para garantir um tratamento isonômico entre as raças, falhando em fomentar o resgate de dívida histórica que o Brasil mantém com a população negra⁶⁸.

Luiz Fux, em seu voto sobre a constitucionalidade das cotas raciais, alegou que não era suficiente abolir a escravidão e deixar o negro sem qualquer amparo e se baseou em diversos julgamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, que considerou constitucionais ações afirmativas em favor dos afrodescendentes. Segundo a corte americana, uma discriminação benigna, que favoreça o negro, é constitucional e merece o crivo de constitucionalidade⁶⁹.

Portanto, tanto as justificativas do Poder Executivo quanto as do Ministro Marco Aurélio Mello, convergem no que concerne à necessidade de uma postura positiva do Estado em relação às questões sociais, ou seja, não basta o Estado não permitir a desigualdade racial, ele precisa, também, agir para diminuí-la.

No Supremo Tribunal Federal, as cotas raciais foram unanimemente aprovadas pela corte. E, conforme o relator do julgamento Ricardo Lewandowski:

O modelo que o Supremo tenta estabelecer, se o meu voto for prevalente, é esse modelo de que não é uma benesse que se concede de forma permanente, mas apenas uma ação estatal que visa superar alguma desigualdade histórica enquanto ela perdurar", destacou o relator após o julgamento⁷⁰.

De acordo como a ONG Geledés – Instituto da Mulher Negra, O Ministro Luiz Fux, que é de ascendência judaica, disse entender o que os negros sofreram no passado e a discriminação de que foram objeto. Lembrou que o mesmo Adolf Hitler, que se retirou do Estádio Olímpico de Berlim para não assistir ao negro

⁶⁸ Exposição de motivos anexada ao projeto de lei proposto pelo Executivo – Projeto de Lei nº 6.738/2013.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, E 208, V, todos da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DJe-119 Divulgado: 29/06/2010. Publicado: 30/06/2010).

⁷⁰ Portal Geledés. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/13966-stf-cotas-raciais-sao-aprovadas-por-10-x-0>> Acesso em: 31 de mar. 2015.

americano Jesse Owens vencer as provas de 100, 200 e 400 metros rasos, derrotando atletas "arianos", é o mesmo que jogou em campos de concentração milhões de judeus e os submeteu aos horrores do holocausto. Entretanto, segundo ele, ambos os povos vêm superando as dificuldades a que vêm sendo expostos. Lembrando de um caso que lhe foi relatado pelo psiquiatra Luiz Alberto Py, que conseguiu melhorar a postura de vida de um cliente ao sugerir-lhe que, ao invés de ficar olhando para baixo, ficasse olhando "acima do horizonte", o ministro disse que essa é a postura correta que o negro está adotando para superar dificuldades, como a discriminação dos negros no Brasil⁷¹.

Citando números do Ministério da Educação, o Ministro Lewandowski lembrou que apenas 2% dos negros conquistam diploma universitário no Brasil e afirmou que aqueles que hoje são discriminados têm um potencial enorme para contribuir para uma sociedade mais avançada⁷². O ministro iniciou a análise da constitucionalidade da seleção de candidatos por meio da adoção de critério étnico-racial afastando o conceito biológico de raça, por considerá-lo um conceito "artificialmente construído ao longo dos tempos para justificar a discriminação" e afirmou que:

A histórica discriminação de negros e pardos, revela um componente multiplicador, mas às avessas, pois a sua convivência multissecular com a exclusão social gera a perpetuação de uma consciência de inferioridade e de conformidade com a falta de perspectiva, lançando milhares deles, sobretudo as gerações mais jovens, no trajeto sem volta da marginalidade social.

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu que as ações afirmativas servem para uma melhor aplicabilidade do princípio da igualdade e ressaltou que, em muitos casos, uma ação do Poder Público é exigida no sentido de realizar a igualdade de fato⁷³. "A própria Constituição preconiza medidas de

⁷¹ Portal Geledés. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/13969-cotas-raciais-voto-do-ministro-luiz-fux>> Acesso em 31 de mar. 2015.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, E 208, V, todos da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DJe-119 Divulgado: 29/06/2010. Publicado: 30/06/2010).

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa

assistência social como política de compensação”, salientou o ministro⁷⁴.

Segundo o ministro aposentado Cezar Peluso, há "um dever, que não é apenas ético, mas também jurídico, da sociedade e do Estado perante tamanha desigualdade, à luz dos objetivos fundamentais da Constituição e da República, por conta do artigo 3º da Constituição Federal"⁷⁵. E, segundo ele, “há a responsabilidade ético-jurídica da sociedade e do Estado em adotar políticas públicas que respondam a esse déficit histórico, na tentativa de superar, ao longo do tempo, essa desigualdade material e desfazer essa injustiça histórica de que os negros são vítimas ao longo dos anos”. E lembrou que a Constituição Federal protege grupos em situação desigual, como as mulheres, os menores e os hipossuficientes e, com base nela, também a legislação infraconstitucional. Ele citou a Lei Maria da Penha para mostrar "como é legitimado, do ponto de vista constitucional, esse olhar de proteção constitucional a certas situações de vulnerabilidade"⁷⁶.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo a Ministra Cármen Lúcia, a Constituição de 1988 inovou a reforçar o princípio da igualdade, que é estático, com o processo dinâmico da igualação. "As ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa. O

aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, E 208, V, todos da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DJe-119 Divulgado: 29/06/2010. Publicado: 30/06/2010).

⁷⁴ Portal Geledés. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/13974-cotas-raciais-voto-do-ministro-gilberto-mendes>> Acesso em 31 de mar. 2015.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, E 208, V, todos da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DJe-119 Divulgado: 29/06/2010. Publicado: 30/06/2010).

⁷⁶ Portal Geledés. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/13973-cotas-raciais-voto-do-ministro-cezar-peluso>> Acesso em 31 de mar. 2015.

melhor seria que todos fossem iguais e livres", apontou, salientando que as políticas compensatórias devem ser acompanhadas de outras medidas para não reforçar o preconceito. Ela frisou ainda que as ações afirmativas fazem parte da responsabilidade social e estatal para que se cumpra o princípio da igualdade⁷⁷. A ministra citou uma história vivenciada por ela para mostrar como a situação dos negros no país ainda não é bem resolvida. "Na década de 90, presenteei duas sobrinhas com duas bonecas negras lindas. Uma das sobrinhas, que é negra, rejeitou a boneca. Quando perguntei o motivo, ela falou que a boneca era feia porque parecia com ela. Ela não estava se reconhecendo como o padrão da sociedade", relatou⁷⁸.

Para a Ministra Rosa Weber, a pobreza no Brasil tem cor. "Se a quantidade de brancos e negros pobres fosse aproximada, seria plausível dizer que o fator cor é desimportante", afirmou. "Enquanto as chances dos mais diversos grupos sociais brasileiros, evidenciadas pelas estatísticas, não forem minimamente equilibradas, a mim não parece razoável reduzir a desigualdade social brasileira ao critério econômico", disse. Diante desse quadro, ela defendeu que cabe ao Estado "adentrar no mundo das relações sociais e corrigir a desigualdade concreta para que a igualdade formal volte a ter o seu papel benéfico". Para a ministra, ao longo dos anos, com o sistema de cotas raciais, as universidades têm conseguido ampliar o contingente de negros em seus quadros, ampliando a representatividade social no ambiente universitário, que acaba se tornando mais plural e democrático⁷⁹.

O Ministro Marco Aurélio advertiu que "a meritocracia sem igualdade de pontos de partida é apenas ma forma velada de aristocracia". Para ele, as ações afirmativas devem sim ser utilizadas na correção de desigualdades e acrescentou ainda que o sistema de cotas deve ser extinto tão logo essas

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, E 208, V, todos da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DJe-119 Divulgado: 29/06/2010. Publicado: 30/06/2010).

⁷⁸ Portal Geledés. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/13971-cotas-raciais-voto-da-ministra-Cármén-lucia>> Acesso em 31 de mar. 2015.

⁷⁹ Portal Geledés. Disponível em: <http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/13970-cotas-raciais-voto-da-ministra-rosa-weber>. Acesso em: 31 de mar. 2015.

diferenças sejam eliminadas. "Mas estamos longe disso", indicou⁸⁰.

Joaquim Barbosa, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, entende que, inevitavelmente, aqueles que se beneficiam tendem a ignorar a concretização da igualdade plena para se manterem com suas benesses e ressaltou que assegurar baixos índices de desigualdade é um ponto comum entre as potências econômicas e políticas mundiais⁸¹.

É natural, portanto, que as ações afirmativas – mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa –, sofram o influxo dessas forças contrapostas e atraiam considerável resistência, sobretudo, é claro, da parte daqueles que historicamente se beneficiam ou se beneficiaram da discriminação de que são vítimas os grupos minoritários", enfatizou.

Não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de Nação que tenha se erguido de uma condição periférica à condição de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo, no plano doméstico, uma política de exclusão, aberta ou dissimulada – pouco importa! Legal ou meramente estrutural ou histórica, pouco importa! –, em relação a uma parcela expressiva da sua população", asseverou.

De maneira sucinta, deram-se desta forma os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento sobre a constitucionalidade das cotas raciais, que, conforme citado anteriormente neste estudo, foram aprovadas de maneira unânime.

3.2O mérito como forma de ingresso no serviço público

A discussão sobre o mérito geralmente abrange uma grande confusão quanto ao desempenho do profissional e à validade do concurso público como instrumento de admissão usado no Brasil. Esta questão se torna ainda mais interessante porque é de ciência de todos que os brasileiros em geral, mesmo os cotistas, passarão pelos mesmos processos seletivos e pelas mesmas fases classificatória e eliminatória e provas que o não cotista. E mais: os cotistas também precisarão atingir o mínimo de nota exigido pelo edital para o cargo, pois, como se sabe, há um mínimo de conhecimento exigido no edital dos concursos públicos –

⁸⁰ Portal Geledés. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotas-para-negros/13975-cotas-raciais-voto-do-ministro-marco-aurelio>> Acesso em: 31 de mar. 2015.

⁸¹ Portal Geledés. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/areas-de-atuacao/educacao/cotaspara-negros/13972-cotas-raciais-o-voto-do-ministro-joaquim-barbosa>> Acesso em: 31 de mar. 2015.

para que haja um bom nível de performance do servidor público quando estiver exercendo sua função – e as altíssimas notas dos aprovados se dão como corolário somente da concorrência.

Também há certa confusão com o conceito de mérito. Diversos especialistas da área tratam meritocracia como um benefício concedido a um profissional pelo seu ótimo desempenho em sua função e, assim, não se desmotivar ao perceber que um colega de trabalho que não rende a mesma função com tanta excelência recebe a mesma remuneração que ele. O interessante em todas as definições é que não há qualquer relação de meritocracia com seleção de candidato.

Chiavenato⁸² entende que concurso público é apenas uma técnica de seleção (gênero) que pode ser definida como prova de conhecimento (espécie) e, como característica das provas conhecimento, o ilustre autor adverte que essas provas têm baixa correlação com o desempenho profissional imediato. O que ratifica como errônea a ideia de se falar em mérito tendo como base apenas a técnica de seleção e não a função exercida pelo candidato.

Duarte⁸³ define meritocracia como:

Reconhecimento do mérito de servidor público, caracterizado por suas qualificações funcionais, profissionais, éticas, morais, como assiduidade, competência, conhecimento e habilidade, o que é comprovado por avaliações que lhe conferem o direito à promoção de cargo, classe ou categoria.

Acontece que, ao se falar de meritocracia em relação às cotas raciais, a definição de meritocracia é abrangida de tal forma que abarca, inclusive, o modo de seleção para ingressar no serviço público, enquanto o certo seria se abarcasse somente o desempenho do candidato quando já estivesse atuando em sua função, conforme as definições dadas pelos especialistas da área.

Portanto, ao se discutir sobre o mérito quando o tema for cotas raciais (ou não), faz-se necessário o exame, ao menos, do conceito de meritocracia antes de qualquer coisa, porque a falta de informação tem trazido várias controvérsias em situações que, tecnicamente, não são tão polêmicas quanto parecem.

⁸² CHIAVENATO, Idalberto. **Desempenho humano nas empresas**. São Paulo: Manole, 2009. p. 62.

⁸³ DUARTE, Geraldo. **Dicionário de administração**. 2. ed. Fortaleza: CRA/CE – Realce, 2005. p. 365.

CONCLUSÃO

As ações afirmativas são, basicamente, um meio de se alcançar o princípio da isonomia. Nos Estados Unidos da América, são chamadas de discriminação positiva e são exatamente isso, discriminar, por tempo determinado, para diminuir uma desigualdade que há muito tempo não se resolve.

A Constituição Federal de 1988, do começo ao fim, cria situações de discriminação entre os brasileiros que estão em posição de desvantagem e, de acordo com a concepção moderna do princípio da isonomia, a Constituição Federal está no caminho certo ao buscar a igualdade material, que é aquela em que o

Estado não se limita a buscar somente a igualdade perante a letra da lei, mas busca, também, efetivamente, igualar as situações existentes no campo prático. A concepção antiga do princípio da isonomia tem como principal característica sua implacável aplicabilidade independentemente do caso concreto.

É notável, até mesmo ao andar nas ruas, que a situação dos negros é bem diferente da dos brancos. E, ao analisar estatísticas, é possível confirmar o que já é sabido. Quem é contra as cotas raciais questiona o princípio da igualdade e faz uso da concepção antiga do princípio da isonomia, aquela que não analisa o caso concreto. Ora, a concepção antiga só faz sentido se o ponto de partida de todos do caso concreto for o mesmo, o que, em se tratando da quantidade de negros no serviço público brasileiro, não é o caso.

Outro ponto polêmico em relação às cotas raciais é quanto à definição de quem é negro, pardo ou branco, já que os brasileiros são uma população miscigenada. Essa confusão se dá pela confusão de critérios. Na Europa, se alguém tiver uma gota de sangue de negro em suas veias, já será considerado negro, por isso, para eles não importa a cor de pele, mas sua origem. Por óbvio o Brasil jamais poderia usar o mesmo critério, ou, se o fizesse, seria retroceder automaticamente à concepção antiga do conceito de isonomia, já que todos seriam iguais perante a lei, e o fato de a maior parte da população carcerária ser negra deveria ser ignorada, já que todos seriam iguais. Realmente, não faz muito sentido. Um exemplo disso é que ao bater o olho sabemos, inclusive com certa confiança, que o negro geralmente é o motorista do branco, por exemplo, e nunca o contrário. Portanto, a questão de ser negro ou não, deve ser fundamentada com critérios relacionados ao fenótipo, jamais ao genótipo. E, pelo uso do devido critério, justifica-se, entre dois irmãos, um ser considerado negro e outro não, mesmo que gêmeos, porque deve ser usado o fenótipo como critério, já que, se fosse usado o genótipo, os brancos seriam totalmente iguais aos negros, fato que soaria muito bizarro ao ouvido de todos os brasileiros, pois é sabido e percebido que, na prática, a verdade é muito diferente disso.

Então, com o argumento de que 50% da população é negra e que, no poder executivo apenas há 30% de negros, entende-se que o princípio da

igualdade não está sendo respeitado e que há muita injustiça usar o critério de pobreza para colocar mais um branco e aumentar ainda mais a disparidade entre a proporção da população negra brasileira e a de servidores negros no serviço público.

Quanto ao critério de renda, um argumento comum para rebater as cotas raciais é alegar que a autoidentificação é um critério que dá margem a fraudes e possibilita possíveis não beneficiários de receber o benefício. Mas, como em diversos casos, o critério estabelecido não é perfeito. Se o benefício fosse para os pobres, qual seria a linha definidora da pobreza? Difícil acreditar que não haveria polêmicas.

Portanto, como forma de alcançar a igualdade não apenas formal, mas também material (concepção moderna do princípio da igualdade), e, assim, tentar igualar as raças no serviço público à mesma proporção que as raças dos brasileiros, faz-se necessária a adoção da reserva de cotas raciais para o ingresso em concurso público.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. V Volume. São Paulo: Saraiva & Cia., 1934 apud ROCHA, 1990.

Brasil Debate. **Cotas nas universidades federais e seus efeitos**. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/cotas-nas-universidades-federais-a-lei-e-seus-efeitos/>>. Acesso em: 31 de mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186**. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em

instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, E 208, V, todos da Constituição Federal. Ação Julgada Improcedente. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 22/06/2010. Data de Publicação: DJe-119 Divulgado: 29/06/2010. Publicado: 30/06/2010).

CHIAVENATO, Idalberto. **Desempenho humano nas empresas**. São Paulo: Manole, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DUARTE, Allan Coelho. **A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/SENADO, abril/2014 (Texto para Discussão nº147).

DUARTE, Geraldo. **Dicionário de administração**. 2. ed. Fortaleza: CRA/CE – Realce, 2005.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, apud ROCHA, 2001.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa - GEMAA. (2011). **Ação afirmativa no mundo**. Disponível em: <http://gemaa.iesp.uerj.br/dados/experiencias-internacionais/item/86-india.html> Acesso em: 16 out. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

JACCOUD, Luciana. **A construção de uma política de promoção da igualdade racial: uma análise dos últimos 20 anos**. Brasília: Ipea, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direitos humanos (sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade)**. São Paulo: Editora Juarez, 2000.

MELLO, Marco Aurélio. **Comunicação apresentada ao seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro**. Brasília: Superior Tribunal do Trabalho, 20/nov/2001.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (Affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Ministério da Saúde. **Política nacional de saúde da população negra: uma questão de equidade**. Biblioteca Virtual em Saúde. Disponível em:

<<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saudepopnegra.pdf>> Acesso em: 16 out 2014.

ONU. Carta da ONU. Disponível em: <http://www.onu.org.br/docs/carta_da_onu.pdf> Acesso em: 6 nov. 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à constituição de 1967**, com a Emenda nº 1, de 1969. Rio de Janeiro: Forense, 1987, Tomo V, ° 701 apud ROCHA, 2001.

Resultados do Universo do Censo Demográfico 2010. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4QFjAA&url=ftp%3A%2F%2Fftp.ibge.gov.br%2FCensos%2FCenso_Demografico_2010%2FResultados_do_Universo%2Ftabelas_pdf%2Ftab3.pdf&ei=H1QbVf3uKcmlgwTTtYGQAg&usg=AFQjCNEBkDQSD0x5lmhxlIVPPqP8oCvJDw&sig2=tC-tkX6he2ir3wT3pnypQ&bvm=bv.89744112,d.eXY>. Acesso em: 31 mar. 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa — O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público nº 15/85.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê S/A, 1990.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, Sales Augusto dos. **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Site da Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.738/2013**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D9114DCDF6BB32D068F0F50154F074FB.proposicoesWeb2?codteor=1177136&filename=PL+6738/2013>. Acesso em: 31 de mar. 2015.

Texto extraído de palestra proferida, em 20 de novembro de 2001, no Seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho. **A igualdade e as ações afirmativas**.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Imigração e Colonização**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucha/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/07-Luiza_lotti.pdf> Acesso em: 06 de jul de 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

Urofsky, Melvin I. **Affirmative action on trial**: Sex discrimination in Johnson v. Santa Clara. University Press of Kansas, 1997.